78

APPENDIX, PRO Dominis Francisco, & Augustino de Sancta Cruce & Morales.



ENIAM potius prolixitatis Discursus antecedentis a Dominis meis petendã, quamplura scribenda in hac causa mihi esse, putaui. At nonnullis Dubijs grauissimè, & subtilissimè inter informandum propositis, respondere necessum est. Quod fiet commodius illis ex ordine præscriptis.

Primum Dubium.

Primum, que precediendo la primera substitucion actiua de D. Ana, y Iuan Geronymo de Luna meramente obliqua y fideicomissaria por palabras deprecatiuas; y que requerian ministerio de D. Beatriz su madre heredera, aunque por el necessario antecedente, y presupuesto, para introduccion de la reciproca entre los mismos hermanos, se deuã presuponer las palabras intestada, y sin repartir, *para que como en este caso tambien los substituyo el testador interse reciproce, sea visto ex vi necessarij antecedentis, auerlos primero substituydo a su heredera en el mismo caso, pero que licet eo superaddito, priori substitutioni fideicommissariæ, se queden nihilominus las palabras meramente obliquas,* aya de distribuyr, y repartir, *no pueden directarse para introduzir la vulgar en la compendiosa, que resultara ex illo adiũcto, si las palabras fueran comunes.*

Et difficultatem augendo, ponderant Domini minus apte aſſumi verba cõmunia, recaydo, y peruenido aura, *para la introduccion de aqueſta compendioſa: porque las puſo el teſtador hablando ya dela reciproca de entre ſus hijos, y enunciatiuamente: y no pueden con tantas eſpecialidades introduzir la compẽdioſa, por cuya virtud quedẽ tambien ſubſtituydos los hijos del teſtador a ſu heredera per directam vulgarem.*

Secundum Dubium.

Secundo principaliter inſurgunt, & dubitant Domini, q̃ la cõpendioſa ſubſtitucion q̃ pretendemos en fauor delos hijos del teſtador para con ſu heredera, vt caſu, quo poſsit illa locum habere, debeat comprimi, & contineri en los terminos y caſo de la primera ſubſtituciõ fideicomiſſaria, en ſentido que huuiera ſobreuiuido la heredera al teſtador, en el qual pudiera verificarſe qualquiera de los caſos de la compendioſa, ſucediendo per fideicõmiſſariam, diſponiendo la madre: & per vulgarem, muriendo inteſtada, y ſin repartir. Igitur (inquiunt Domini) no es neceſſario antecedente, el que eſta parte pretende, de que la vulgar comprehendida en la compendioſa, quedaſſe introduzida en el caſo que ſucedio de morir D. Beatriz heredera en vida del teſtador.

Tertium Dubium.

Tertio conſiderant Domini, que el pleyto conſiſte en toda la herencia del teſtador, y en ſu reſpecto conſideramos la compendioſa ſubſtitucion en fauor de los hijos con ſu madre heredera del teſtador, y como la ſacamos por neceſſario antecedẽte y preſupueſto para la reciproca, y eſſa no ſe haze ſino en la porcion

cion del premoriente dellos sin hijos, en fauor del que sobreuiuira, videtur consequi, que la compendiosa, que contẽga vulgar, tampoco puede considerarse, ni introduzirse, sino en respecto de la vna porcion de la hazienda.

Quartum Dubium.

Praecedenti affine est id, quod in Curia Domini Iustitiae Aragonum, & antea propositum fuit, & iterum obijcitur: que con la premoriẽcia de Iuan Geronimo de Luna en vida del testador, y de la heredera sus padres, desuanecieron la aptitud y sugeto de la reciproca substituciõ entre el y su hermana: y en su consequencia tambien cesso el antecedente necessario, que consideramos por la compẽdiosa con la directa vulgar.

Quintum Dubium.

Quinto potissimum persistunt Domini, que en caso que procediera la substitucion vulgar por la compendiosa, que diera fuerças al testamẽto, muerta la heredera en vida del testador, aquesto auia de ser verificãdo el caso, o condicion (llamemos la assi) de que la herencia peruiniera en los hijos del testador, por reparticion de su madre, o porque huuiera muerto intestada, y sin repartir. El primero caso no le puede pretender esta parte: ni el segundo: porque D. Beatriz fuit intestabilis, pero no intestada, no auiendo tenido habito, o facultad de poder testar. Luego ob casus, vel conditionis defectum, no puede entenderse, que D. Ana sucediesse in vim vulgaris contenta sub compendiosa, ni que por ella se sustentasse el testamento: quo reducto ad causam intestati, succedio D. Ana de Luna a su padre, libero & legitimo iure absq; onere substitutionis; vel

vel fideicommissi, de quibus in hac lite.

Sextum Dubium.

Sexto, aquellas palabras, assi por reparticion de la dicha su madre, como por morir inteſtada, y ſin repartir, *latine vertuntur, tam ex matris distributione, quam ea obeunte intestata, & absq; repartitione. Sed hæ dictiones, tam, & quam, connexitatem præseferunt: & dictio, quam, repetit naturam & qualitates rerum comprehensarum sub dictione, tam. Sed sub illa contenta fuit mater intestabilis, & post additam hæreditatem, ergo sub eadem qualitate videtur esse contenta, sub dictione, quam, vt ita demum verificaretur, el morir intestada y sin repartir, si sobreuiuiera el testador, y no en el caso contrario que sucedio, duda que por diuerso medio fomenta la proxima. Hæc pertinent ad primum huius partis fundamentum.*

Septimum Dubium.

Septimo, & quo ad secundum, de effectu clausulæ codicillaris, vt ipsius virtute posit, & debat subsistere testamẽtum nostri testatoris, admisso adhuc, quod per solam & meram fideicommissariam fuissent substituti filij, ipsius matri hæredi. Replicatur, clausulam codicillarem in hoc Regno posthabendam esse. Quasi effectus, quem ex ea collegimus in secũdo fundamento per viam taciti deducatur, idest, quod substitutio, quæ in hoc fundamẽto secundo supponitur mere fideicommissaria sit expresse ordinata a testatore, ex præsumpta, & tacita ipsius volũtate, resultante ex vi clausulæ codicillaris, quæ tacita voluntas in hoc Regno flocci habenda est.

Octauum Dubium.

Octauo, que del testador se presume que no ignoro las disposiciones del derecho, & ex consequenti que entendio la caducidad de su testamento ob præmorientiam hæredis, y que pues pudo remediarla, y no lo hizo, quiso morir intestado.

AD PRIMVM.

PEro parece, que no obstantes las dudas, y difficultades propuestas, proceden los fundamentos por esta parte representados.

Y respondese a la primera, que por virtud del antecedente necessario de las palabras que el testador puso en la reciproca substitucion, que fueron, *la porcion que en ellos aura recaydo, assi por disposicion de dicha su madre, como por auer muerto intestada, y sin repartirles,* no solo se deue tomar la palabra, *intestada, y sin repartir*, para la introduction de la compendiosa, por presupuesto necessario, sino tambien las otras, *la parte y porcion de mis bienes y hazienda que enel tal aura peruenido, y recaydo.* Quæ verba sicut necessario adijciēda fuerunt para introduzir la reciproca de entre los hijos del testador, en los dos casos, assi de morir auiēdo repartido, como de morir intestada, y sin repartir, eadem quidem præcissa necessitate para que se cōsiguiera la reciproca en los dos casos quedaron de ante mano substituydos los hijos del testador a la madre per compendium, & ita per fideicommissariam, & per vulgarem, ac si formaliter ita testator cauisset (Instituyo heredera a Doña Beatriz mi muger, y quiero que mis bienes recaygã, y peruengan en mis hijos, assi por auer seles repartido por testamento, o por contracto, como muriendo intestada, y sin repartirseles.) Y como pudiera hazerlo en esta forma el testador magis explicite, & magis ordinate procedēdo, lo hizo por el necessario antecedente: y esto no fue directar las palabras de la primera fideicomissaria, sino introduzir la compendiosa, que contuuiesse la misma fideicommissaria, casoque repartiera, y la vulgar directa, caso que muriera intestada y sin repartirles los bienes: pues aquellas palabras de la reciproca (la porcion q̃ en el tal aura peruenido y recaydo) son ex communi omnium cōsensu, comunes: y aunque explicitamente tendunt ad introducendam reciprocam inter fratres, pero implicite, & ex necessario antecedenti introducunt præuiam compendiosam substitutionem actiuam eorundem filiorum testatoris, erga matrem hæredem, vt cui primò per solam fideicommissariam oblique fuerant substituti, ex vi verborum, & necessarij præsuppositi, censeatur substituti per compendiosam continentem casum vulgaris: o no quedara introduzida

duzida la reciproca en entrambos caſos, contra clariſſima verba teſtatoris, cui, explicite, implicite, virtualiter, vel expreſſe, vnica ſubſtitutione, vel clauſula, vel pluribus, mentem ſuam declarare, & diſpoſitionem introducere bonorum ſuorum, fas eſt, & circa illam, æquare quadrata, rotundis, verborũ ordine quo quo modo interuerſo, dummodo verba adſint, quibus, ſiue expreſſe per expreſſam diſpoſitionem, ſiue implicite per neceſſariũ antecedens eius mens colligatur: vtraq; enim pari priuilegio gaudet, & expreſſe diſpoſitionis vires aſſumit, vt vltra ſuperius dicta patet ex tex. *in l. ſi ita. §. ſi filio. de bono. poſſ. ſecundũ tab. Bald. in l. 1. numer. 10. C. de ijs qui ante apertas tab. Ioſeph. de Ruſticis in l. cum auus. lib. 3. cap. 1. num. 39.* & huiuſmodi argumenti genus, quando antecedens eſt neceſſarium, & infalibile, nõ tacitam, ſed expreſſam inducit diſpoſitionem. Rip. *in l. 1. num. 61. de vulg. pulchrè Bald. in l. conuenticulam. num. 3. C. de epiſco. & clericis.* à quo hunc argumentandi locum (ſicut & alios pleroſque habuit Euerardus in ſua Topica, loco a deſtructione antecedentis ad deſtructionem conſequentis, quod, quando antecedens, & conſequens habent terminos conuertibiles, efficaciſſimum eſſe refert, *ibi in fine:*). Y que los terminos en nueſtro caſo lo ſean, patet. Pues conuertitur conſequens, que fue quedar los hijos del teſtador por el ſubſtituydos reciprocè en caſo de auerles la heredera repartido la hazienda, y tambien en caſo de auer muerto inteſtada, y ſin repartirſeles, cum antecedenti, que fue quedar primero ſubſtituydos ellos a la madre, no ſolo en el caſo de repartirles la hazienda, que era el de la fideicommiſſaria, ſino en el de la vulgar, de auer muerto inteſtada, y ſin repartir. Y ſi ſe deſtruyeſſe aqueſte antecedente, o no ſe admitieſſe, illud quoque conſequens, videlicet introductio reciprocæ duobus illis caſibus expreſsè ſcriptæ, deſtrueretur. *l. apud antiquos. C. de furtis. l. ſi homo mortuus. de verbor. obligatio. Crauetta conſi. 643. num. 5. & conſi. 758. num. 11. Mantica de tacitis, & ambiguis conuentio lib. 22. titu. 6. numer. 19.* ita expreſſe Regia Audientia, in motiuis proceſſus Dõ Ioannis de Gamboa ſuper apprehen. cẽſuit, pro Don Martino Cabrero, ibi, *Si ergo in caſu mortis deſcendentium (qui caſus euenit) filia Don Martini ſucceſſoris extat expreſsè vocata, ergo per neceſſarium antecedens fatendum videtur, in eo etiam caſu Don Martinum in illis verbis* ſin hijos, ni deſcendiẽtes, *in caſum mortis deſcendentium fuiſſe vocatum, cũ alias eius filia maior vocata non eſſet, pro vt eſt, &c.* & illud motiuum abſoluit Senatus Regius, clariſſimis verbis aſſerendo, hanc diſpoſitionem non introduci per viam taciti, ſed expreſſi ex verbis teſtamenti collecti, & deſſumpti. Fuit ſententia deinceps cõfirmata in C. D. Iuſti. Arag. vt per D. R. Seſſe *deciſ. 65.* qui omnino conſulendus eſt pro corroboratione huius antecedentis, *ex numer. 25. cum ſeq. & Caſanate conſil. 60.* Y en otra manera no pudiera introduzirſe la reciproca teſtatoris iudicio entre ſus hijos: y las palabras ſuſo dichas

chas de donde la colegimos, quedaran superfluas, quibus coniunctis, compendiosa præsupposita, & introducta ad reciprocæ effectum, expressa quoque dici debet: vt in simili cõsiderat Honde. *consi.46. num. 10. & sequenti. iunctis numeris penul. & finali. in 2.* & hoc dicitur expressum ex vi, & virtute verborum. *l. Gallus. §. quidam recte. de liber. & posthum. Caphal. consi. 96. num. 12. latius idem Caphal. ex Ruino in l. 1. num. 21. solut. matri. in consi. 665. num. 44. & sequenti.* latissime motiuum dictæ Curiæ in dicta causa D. Martini Cabrero, quod refert Casanate *d. consi. 60.*

Y lo que contiene aquesta duda de las palabras enunciatiuas, no la augmenta: antes bien la quita de todo punto: pues por su virtud y fuerça se introduxo la cõpẽdiosa substitucion por sola la enũciacion q̃ hizo el testador hablando de toda su hazienda en aquellas palabras, *La parte y porcion de mis bienes y hazienda, que en el tal aura recaydo, assi por disposicion de la dicha su madre, como por morir intestada, y sin repartirseles.* Y esto non solum ex antecedenti necessario, sino por explicita, especifica, è indiuidua disposicion. Hæc est enim differentia inter contractus, & vltimas voluntates, vt in illis verba enunciatiua, licet principaliter emissa, non disponant. *l. Publia. §. fina. depositi.* In istis vero per modum causæ finalis, præsertim emissa, disponant. *l. emptor. § finali. de rei vendica. l. si Socer. §. Lucius. solut. matrimo.* & vltra supra allegata, Peregrin. *art. 51. num. 60.* vbi merito docet, etiã in contractibus dispositionem inducere: ex mente Barto. *in l. ex hac scriptura. num. 5. de dona.* id quod in Regno parificatis terminis potestatis contrahentium, & testantiũ ob vim chartæ indifferenter procedit: ita fuit expresse decisum, & scriptum in motiuis dicti processus don Ioannis de Gamboa per Regium Senatum, his verbis, *Et licet ea verba, que succeda la hija de los dichos Don Martin, &c. (nominantur eius fratres) que vltimamente aura succedido en los dichos bienes, y posseydolos, enunciatiua videantur, & per modum demonstrationis prolata, nihilominus in præsenti casu dispositionem inducere videntur.* quibus sane verbis Regius Senatus, vim, & proprietatem verborum enunciatiuorum in terminis longe dubitabilioribus, pro inducenda dispositione admissit: ibi enim vt quintus ex Dominis, qui solus ab eo Senatusconsulto discessit, in suis motiuis considerat, aduertendo casum, in quo antecedens posset verificari, ac etiam enuntiatiuorum verborum effectus, vt Domini videre poterunt in motiuis illius causæ, quæ posuit doctissimus Ludouicus de Casanate ad calcem consilij vicesimi, idem habetur in motiuis Curiæ Domini Iustitiæ Aragonum, quæ habentur apud eundem Casanate *d. consi. 60.*

Qua in re insuperaddo, præfata verba enunciatiua relata fuisse a testatore nostro ad Ioannẽ Hieronymum, & Dominam Annam de Luna filios grauatos ad inuicem reciprocæ substitutionis onere: quo casu, securius dispositionem inducunt: *vt ex l. vnum ex familia. §. vltimo. Bart. & Castrens. ibi de lega. 2*

lega.2.& ex l.fideicommissa.§ hæc verba: de lega.3.pulchre animaduertit Mantica de coniectur. lib.3.titu.12.num.2. Y las palabras enunciatiuas en nuestro caso, hora referantur ad fratres filios testatoris reciprocè grauatos, hora ad matrem, quæ priori substitutione, obliquè tantum per fideicommissariam in fauorem filiorum fuerat grauata, quod puto & verius, & menti, & verbis testatoris congruentius, vt patet ibi, *la porcion que en ellos aura peruenido, assi por disposicion de la dicha su madre, &c.* Quid? in vltimis voluntatibus, etiam si ad honoratos verba referrentur enuntiatiua, disponunt, & appellatur dispositio collecta tum a mente, tum a verbis testatoris: expresse Mantica *d. titu.12. num.2. versi. sunt tamen.* qui *num.penul.& fina.* securius id docet, quando in modum causæ finalis dispositionis expressæ, prolata fuerunt, vt in nostro casu.

Ni obsta, que estas palabras enunciatiuas no puedan adaptarse verbo, *quiero*, quo testator dispositionem, & orationem reciprocæ substitutionis introduxit, & tendit ad illa verba, quibus reciproca perficitur, *que recayga y peruenga en aquel dellos, que le sobreuiuira*, para en el caso q̃ en el principio expresso el testador de morir alguno de sus hijos, sin hijos, y descendiendientes. Perpetuum enim est, in verbis enunciatiuis, vt Bart. explicuit *in d.l.ex hac scriptura. & post eum Mantica supra num.* 4. vt illa non rogantur a verbo principali orationis, & dispositionis, que entonces serian ya dispositiuas, sino q̃ proferantur ob aliam causam, como en nuestro caso para la reciproca. Pero enunciã largiter expressius, que en la causa de Don Martin Cabrero, quod bona, ad introductionem reciprocæ inter fratres filios testatoris, dictis duobus casibus, han de poder peruenir, y recaer a matre en ellos, testatoris iudicio per dictam compendiosam. Hæc ad primum Dubium.

AD SECVNDVM.

QVE pudiendose verificar la vulgar que introduzimos por la compendiosa, en caso que Doña Beatriz heredera sobreuiuiera al testador, no es necessario el antecedente de que la sacamos in casu occurrenti, de auer premuerto. Egregia, & pulchra distinctione respondendum est. Quando enim dubitatur de necessitate casuum comprehensorũ sub compendiosa substitutione, quoad directam vulgarem in illa comprehensam, no se mira a que por necessidad ayan de succeder, sino a la aptitud, de poder succeder, y esta es su naturaleza, que contenga muchas substituciones la cõpendiosa sub cõpendio temporum, vt post alios Ripa *in d.l.Cẽturio.num.61. vt prudenter Bart.ibi numer.16. & alibi sæpè:* in dubio nos docuerit compendiosam secundũ accidentiam facti resolui, in fideicommissariam, vel in vulgarem, sequitur Cephalus *consi.524 nu.49 & 50.* Y en nuestro caso no pudiendo ser fideicommissaria, por auer premuerto la heredera in vita testatoris, resoluiose en vulgar. Et quod obseruaui in compendiosa, respectu fideicommissariæ, & vul-

vulgaris, vt ob facti contingentiã, resoluatur en la vna dellas, quod attinet ad actũ exercitum, & executionem, Alciatus. *in l. Centurio, nu.* 68. & 84. repetendũ omnino est en la vulgar, paraque comprehenda todos los casos de poder suceder al testador directamente sus hijos por su virtud, y fuerça, quando quiere, y como quiere q̃ la heredera, o no quisiere, o no pudiere serlo, etiam quod casus is impotentiæ succeda por auer muerto en vida del testador. *l.* 3. *vbi notant omnes. C. de hæredi. instit.* latissimè probaui in primo huius partis fundamento, & ex ibi allegatis solum commemoro Surdum in pulchra *decis.* 37. vbi *ex num.* 10. exactissimè in terminis nostris ita resoluit, communem refert, & a Senatu cõcordi animo, post multas sessiones decisam: Quæ decisio mirabilis est ad hunc casum, & sola sufficeret ad victoriam huius partis, cum eundem determinet casum substinendi testamenti ex vulgari tacita contenta sub compendiosa, solis verbis generalibus inducta, obeũte hærede in vita testatoris. Vt nullã vllo modo differentiã vtcumq; solicitã admittat cum nostro casu, nisi quod in eo debeat modificari ex illis verbis, *intestada y sin repartir*, quasi necessum fuerit pro illorum verificatione, quod hæres nostra, marito testatori non præobijsset. Et hoc non obesse, imò hæc verba specifice fuisse verificata eo casu latissime ostendi, & infra in dubio sequẽti.

Y quanto toca a esta duda, supuesta la compendiosa y vulgar, que della resulta (prescindiendo agora la disputa, del sentido de las palabras, *intestada y sin repartir*) el antecedente es necessario para todos los casos de la impotencia, y particularmente para el de morir la heredera in vita testatoris. Inter sex enim effectus vulgaris, quos refert Sfortia *de compendiosa substitutione in præludijs par.* 2. *quæst.* 5 *fol.* 8. *num.* 2. is est potissimus, vbi ex Ripa *in l.* 1. *num.* 161. dicit cum Barto. ibi sic docente *num.* 28. pertransire omnes communiter, & iterum de communi idem Sforc. *par.* 6. *art.* 1. *num.* 3. & de communi quoque Intrigiolus *de substit. cent.* 3 *quæst.* 42. *num.* 1. qui duo referunt omnes antiquos DD. qui ita tenuerunt ab Oldrado *consi.* 20. *vsque ad Paris. consil.* 62. *num.* 11. & *consil.* 64. *num.* 15. *in* 2. & *Intrigiolus ibi num.* 2. inquit id probari authoritate necessaria, & ratione. Authoritate *ex l. vni.* §. *in primo*, & §. *pro secundo. C. de cadu. tollen.* Et ratione, quia essentia vulgaris est, vt habeat locum omni casu impotentiæ hæredis, & in nullo certius est, hæredẽ adeundi impotentiam habuisse, quã vbi decesit in vita testatoris. Vel queso cedo rationem propterquã is quoque impotẽtiæ casus aptus non sit, vt substituto vulgari fiat locus? cum is semper directo testatori, nolente, vel non valente hærede adire hæreditatem, substitutus esse credatur. Por manera, que la substancia del antecedente necessario que consideramos, por el qual para que tuuiesse effecto la reciproca de los hermanos hijos del testador, los presubstituyo a su madre y heredera, por cõpendiosa que contuuiesse la dire

cta vulgar, fomentada y corroborada mucho mas porla fuerça de las palabras enunciatiuas cō causa final de la misma reciproca substitucion, es ineuitable. Y presupuesto que se introduxo, el derecho, obra que se verifique la vulgar in quocunque casu impotentiæ hæredis: especialmente en el nuestro de auer muerto el heredero in vita testatoris. Admito cō la duda q̄ los casos noluntatis, & impotentiæ pudieran cōsiderarse sobreuiuiendo el heredero al testador, pero la vulgar mero iure abraça tambien el ocurrente, & supposita introductione vulgaris ex compendiosa, tan precisso es, que tenga effecto nō valente hærede adire ob præmuriētiam, quā si superuiuens ob dementiam, seruitutem, vel aliud quodlibet impedimētum hæres, esse nō posset. Vno solo casu (vt supra confirmaui) videretur sublatus is effectus, quando videlicet necessarijs testatoris verbis colligeretur substituere aliter noluisse, nisi præcisè post additam, vel acquisitam hæreditatem cum effectu, sed nec tunc dicenda esset compendiosa substitutio, quamuis verbis communibus conciperetur, nec contineret directam vulgarem aliquo casu, sed esset omnimodo fideicō missaria ratione adiunctorum, vt vltra relata est videre in casibus, in quibus consuluerunt Cephal. *consi*. 312. in causa Baroniæ de Spes respondens, *num*. 139. *&* 140. *&* *latius num*. 75. & simili casu apud Hondedeum *consi*. 49. *ex numer*. 36. *ad* 39. *in* 2. & deficientibus verbis, ex quibus restrictio hæc introduci possit, pro vt verè deficiunt, cum si quæ essent maxime illa, *intestada y sin repartir*, quæ eò nullo modo pertinent, vt statim in dubio sequenti, tam necessarius est substitutionis vulgaris contentæ in compendiosa casus impotentię hæredis ob præmorientiam in vita testatoris, quam alius quisuis, qui ei superuiuenti accidisset, ex superiori communi omnium sententia per Surdum *d. decis*. 37. *&* *per Seraphinum d. decis*. 559. & rursus præsuppositiuè *in d. decis*. 943. *num*. 1.

Y siendo los hijos del testador los substituydos a la heredera, y sus nietos despues en caso de agenacion en estraños, y luego reciproca y compendiosamente los mismos hijos entre si, y en falta dellos sin hijos, y descendientes, sus parientes partes que oy litigā: como puede entenderse que no huuiesse ordenado la vulgar, con intēto que abraçasse todos los casos noluntatis, aut impotentiæ, y principalmente el de la premoriencia de su heredera? Y estā las substituciones, primera fideicommissaria, y la vulgar que resulta de la la compendiosa, se deuen juzgar por tan distinctas, como si no huuiera precedido la fideicommissaria, pro quo cōsiderent (si libet) attente Dñi, vltimū fragmentum motiuorum dicti processus D. Mariæ de Gamboa, relatorum per Casanate *d. consi*. 60. con presupuesto, que alli se hazia la objection desta duda paulo antea, q̄ D. M. Cabrero estaua llamado en caso particular, y que el antecedente necessario se restringiesse a sus ter-

terminos, y resoluio la Corte del S. Iusticia en cõformidad lo contrario, ijs verbis. *Quoniam illa Doctorum traditio huic nostro casui, non congruit, nec conuenit. Nam hic virtualiter, & per antecedens necessarium præsupponitur Don Martinus Cabrero vocatus ad hæc bona, ac si hæc vocatio scripta esset in hac clausula specialiter, & expresse in dicto casu deficientiæ filiorum, & descendentium omnium testatoris simpliciter, & indefinitè consideratæ, & substitutionem (quam testator fecit primo loco, quando si posthumi filij sui, sine filijs, & descendentibus obirent Don Martinum Cabrero substituit) nunc in hac posteriori clausula declarauit, vt etiam ab eo facta intelligatur, casu quo dicti filij, & descendentes posthumorum quandacumque deficerent per ea, quæ supra dicta, & demonstrata fuerunt, & aliàs, &c.* Palabras decisiuas de nuestro caso, y de la respuesta desta duda, pues huuo caso antecedente do referir el llamamiento per necessarium antecedens de Don Martin, y se motiuo, que se auia de entender general è indefinito, como si no precediera el primero llamamiento particular, que a nuestro proposito es entender la cõpendiosa con la vulgar en todos sus casos, sin poderla restringir al caso, o terminos en que se hizo la primera fideicommissaria.

En suma igitur, a la duda, el necesario antecedẽte, y la enunciaciõ introduxerõ la compendiosa, y la vulgar en ella. Aquesta iuris ministerio se verificò en caso de no poder ser heredera la instituyda etiã ob præmorientiam in vita testatoris, y sin violẽtar estos effectos de la carta no ay razon ni letra por donde la podamos restringir, a que solo obrasse effecto, superuiuente hærede, ipsi testatori, con que se responde a lo formal desta duda.

AD TERTIVM.

SE responde, que aunque la reciproca de los hermanos hijos del testador, solo aya de tener effecto in actu exercito, & in executione en la porcion del premoriente de ellos sin hijos, y descendientes. Pero como esto es reciprocamente ad inuicem, y no se sabia qual de ellos auia de premorir, tuuo por sugeto la reciproca toda la hazienda, que no podia tener effecto, sino presuponiendo la compendiosa tambien en todos los bienes en fauor de ellos, vt ipsi matri præsubstituti sint, non solum in casum prioris fideicommissariæ, y repartiendoles, sino in casum vulgaris, muriẽdo intestada, y sin repartir. Ideo enim dicitur breuiloqua, siue reciproca substitutio, quia breuibus fit verbis, & illis quasi repetitis de vno in alium repetitur. Bart. *in l. Lucius. num. 3. de vulg.* reciprocatq; personas, & institutionem, vel substitutionem præcedentes reflectit in se ipsas. Mantica *lib. 7. tit. 4. num. 2.* Nam vt grãmatici dicunt reciproca est, quia personæ contentæ in ea, agunt, & patiuntur, quamuis, & institutæ, vel hæredi substitutæ, & interse ad inuicem videantur: vt ex multis declarat Intrigliolus *centuria. 2. quæst. 48. ex num. 4.* Y assi la substitucion reciproca abraço sin difficultad

cultad toda la herencia del testador, in qua instituit vxorem, & illi substituit filios non solum per fideicommissum, sino tambien per compendiosam, & ita per vulgarem directam prius quidem intellectus, & naturæ ordine, y despues en toda la misma herencia vniuersal los substituyo ad inuicem recíprocè.

AD QVARTVM.

RESVLTA la respuesta ex antecedentibus. Porque la naturaleza de las substituciones, y su caducidad, y substancia del testamento, no se considera, con los casos que suceden al tiempo de la muerte del testador, en el sentido que la duda señala, que por faltar las personas, quas testator, vel honorauit, vel onerauit, la muden para los effectos, de que tratamos, de si faltando la heredera in vita testatoris, debet assumere vires testamentũ à directa vulgari, vt in primo fundamento, vel à fideicommissaria ex priuilegio clausulæ codicillaris, vt in secundo, o si auiendo assi mismo faltado el vno de sus hijos substitutos, en vida de la heredera y del testador, por esso dexarõ de auerse substituydo ad inuicẽ, por la reciproca: o si por esta predecedencia perdio la fuerça la compendiosa que sacamos de los hijos a la madre ex vi necessarij antecedentis. Porque si esto se huuiesse de entender en esta forma, en ningun caso podria suplirse la caducidad del testamẽto ob hæredis præmorientiam, por el substituto vulgar, mero iure, ni por el fideicommissario ex clausula codicillari, y los textos, y todos los Doctores la admiten: porque no se atiende lo que succedio a parte rei, sino lo que pudiera tempore ordinati testamenti, que aunque el surte su effecto, y toma fuerça a morte testatoris. Pero para los effectos de preseruar las caducidades de que tratamos, no se considerã quanto a las personas, las que viuen entonces, sino las que viuian tempore ordinationis eiusdem, entre las quales ordeno el testador; quod patet ad sensum. Y assi la premoriencia de Iuan Geronymo de Luna in vita hæredis, & testatoris, no quita, ni altera la naturaleza de las substituciones, ni que antecedenter ad effectum introducendi reciprocam inter ipsum, & sororem, no huuiesse necessariamente precedido la compendiosa en los mismos dos casos de repartir, o morir intestada y sin repartir la heredera. Aunque en fecho obra quanto a la execucion, que como sobreuiuiendo ambos hermanos sucedieran æqualiter, *l. vnum ex familia. §. rogo. & §. fin. de leg. 2.* al testador, præmortua hærede bonis non distributis, sucedio por entero, eiusdẽ substitutionis iure D. Ana que sobreuiuio. La qual, y su hermano exinde no menos fueron substituydos reciprocè ad inuicem in tota hæreditate testatoris iudicio: aunque por el caso de auer premuerto su hermano, quando sucedio doña Ana, ya por la vulgar directa, ya por la fideicommissaria por la clausula co-

codicilar cesso el exercicio,y execucion dela reciproca, y quedo libre della doña Ana ob præmorientiam fratris substituti: pero como entrambos estuuieron grauados en toda la herencia per alteram compendiosam cõtentam in versi. *Empero muriendo sin hijos,* en fauor de las partes litigantes,aun que cesso el effecto de la reciproca,non quidem cessat ipsa,nec desinit scripta esse, ac legi in testamento, para effecto de apurar la substancia,y naturaleza delas substituciones,y de ver,y resoluer los effectos que de derecho han de tener, quæ semper attenditur ex Bald.*consi.*170.*in* 5.

AD QVINTVM.

EX quo Leges, & Prophetæ in hac causa pendent, con presupuesto, que los Doctores, que en terminos del estatuto, que excluye la madre a successione filij intestati decedentis, tuuieron que se verifica,etiam filio impubere decedente, con propriedad,son decisiuos de nuestro articulo, como los que lo determinã in ordinarijs conditionibus testatorum, imo a fortiori,para q̃ con euidencia conste, que la opiniõ que defiende esta parte es la comun, y verdadera, y que se deue juzgar segun ella, y que las palabras de nuestro testador, *intestada, y sin repartir,* se verifican; aunq̃ su heredera fuesse intestable quãto a estos bienes, por no le auer sobreuiuido. Y paraq̃ se tẽga exactissima resoluciõ, deste articulo, & vt omnino in eo animꝰ cõquiescat,tria quãbreuissimè perstringã. Primum,Iura,& Doctores, ac rationem,quibus cõcludendum est ea verba, Dominam Beatricem comprehendere,& in ea verificata fuisse. Necnon,& Doctores tenentes cõtrariam sententiã,velut sub Cathegorijs,vt oppositis iuxta se possitis, verior, & receptior sententia elucescat magis. Secundum ostendam,id ex proprietate sermonis, & iuris rigore procedere. Tertium tandem non ideo minus casum de peruenir los bienes in Domin ãAnnam de Luna, por morir su madre intestada y sin repartir,verificari censendum fore, ex quo minus propriè, aut etiam impropriissimè, participium, *intestada*, in ipsa, ob præmorientiam intestabili,verificaretur.

A lo primero,iura sunt luce meridiana clariora,quibus impuberes,& alij intestabiles in substitutionibus,& conditionibus dicuntur decedere intestati.

I *l.omnia 6. C.ad Trebell.* ibi, *Siue ab intestato, siue iure substitutionis, si filius impubes moritur.*

II Eadem verba *in l.sciant* 10. *C.de legiti.hæredib.*

III *l.qui duos. ff.de vulgari.*

IV *l.vel singulos.de vulg.* vbi pupillus dicitur decedere intestatò.

V *§.fin.inst.per quas perso. nobis acquiritur.*

VI *l. 1. de peti. hæredit.* quibus cauetur omnes, vel intestatò, vel cum testamento decedere.

VII *Rub.& nigrum, instit. & in authen.de hæredit.ab intestato.*

VIII *l.2.C.de impub.* quã ibi Castr.dicit, *facere contra pertinaces, contrarium defendentes.*

IX Celebris text. qui nulla potest tergiuersatione celari, *in l.fin.§.si vero maritus. ff.qui petant tuto.* vbi maritus filium impuberẽ hæ-

redem instituit, & illum grauauit, vt si sine liberis, vel intestatus decederet, matri, eidemq; testatoris vxori hæreditatem restitueret. In quo facto, cum mater filio impuberi tutorē dare officij materni oblita non curauerit, ac deinde impubes hęres decessisset, quęstionis fuit, an mater ad eius successionem admittenda esset? & Triphoninus ijs verbis respōdet, Si vero maritus, ei, fideicommissum, a filio relinqueret, cui mulier non petit tutorem, si sine liberis decesserit, vel sub hac conditione, si intestatus mortuus erit, fidei commissi petitio, quę ex alieno iudicio descendit nō est perempta. Hęc. I.C. Quæ iura gr͞a exēpliretu lisse sufficiat, possent enim pleraq; innumera congeri. Sed solus posterior pro victoria sufficere debet, cum claris verbis casum nostrum pro Clientibus clarissimè decidat. Qui tantum fascescit negotiū, vt contrarium tenentes varios intellectus ad illū retulerint, & inter alios, quod eo in textu testatoris filius, & hæres, pubes iam obierit, ac exinde Triphoninum respondisse, verificata conditione *si intestatus decessisset*, fideicommissi petitionem nō fuisse peremptam. Is est quartus intellectus, quem refert ad illum tex. Beroius *consi*. 18. *num*. 17. *versi. quarto principaliter. in* 2. & hunc quoq; magni fecisse eximiū præceptorem Salmanticensem asserit Caldas *d. quæst*. 12. *de re noua. num*. 12. auditoribus multum suspensis, inter quos, & ipse aderat, de quibus refert illud Vergilianum. Cōticuere omnes, intentique ora tenebant. Sed est mera diuinatio, & alias plures infert literæ violentias, vt pulcherrimè, & exactè demonstrat Lusitanus is præstantissimus. Vt merito, & necessario ipse, & Additionator Alexand. *d. consi*. 115. *in* 2. pleno ore fateantur sententiam hanc in toto iure fundari. Sed & verissimæ grammaticæ arridet, vt idem Additionator Alexand. & Caldas ibi profitentur.

Dicunt igitur, & expresse tenent sequentes DD. cōditionem, vel casum intestatæ successionis, siue in statutis strictioris interpretationis, siue in testamentis laxioris, ac benignioris, verificari in eo qui decedit sine testamento, quantumuis eius factionem actiuam non habuerit, & quoquo modo fuisset intestabilis.

I Bart. *in l*. 1. *ff. de suis, & legit. hæredi. & in consil*. 138. & 141. *in* 1. dicens esse ex propritate. *

II Angelus de Vualdis *consil*. 99. *num*. 3. & 4. *iterum consi*. 104. *numer*. 2. & *seq*.

III Salicet. *in l. cum antiquioribus. num*. 12. *C. de iure deliber*. saltem vbi non adesset statutum, quod verba statutorum, vel disponentiū essent in propria significatione accipienda, vt apud Bononienses, cuius contrarium viget in nostro Regno, quod verba prout iacent accipiantur, & tunc potius in latissimo significatu intelligun tur.

IIII Pulcherrimè, & subtiliter Cardi. Zabar. *consi*. 11. *ex nu*. 6 addens *num*. 11. nullam aliam esse credendum fuisse disponentium mentem, *Nisi prouidere in casu, quo hæreditas, sine testatoris prouisione deuoluebatur*

uebatur ad alium. Si autem diceremus, quod statutum haberet locum in pubere, qui testari potest, & non in impubere, qui non potest, magis contulisset hoc statutum ei, qui sibi prouidere posset, quam ei, qui non posset, quo, quid absurdius? * Verba sunt Zabarel.

V Anchar. *consi.* 177. vbi repetit distinctionem Bar. & DD. quod hæc priuatio, si non conuenit indiuiduo, conuenit saltem speciei in d. cõsil. illũque lumen iuris ciuilis appellat. Idem Anchar. plenè *in c. cum tibi. num.* 15. & 16. *de test.*

VI Paul. Castrensis *in l. generaliter circa finem. C. de instit. & substitutio.* vbi quoad substantiam resolutionis probat Bartolum, improbat autem, quo ad rationem, quod procedat ex communi vsu loquendi, qui probandus esset, cum non procedat nisi ex iuris interpretatione, & ita probandus non est vsus communis. Et *in l. in testamento num.* 6. *C. de milit. testam.* vbi satis dicit probari vsum loquendi, ex interpretatione Vlp. *in d. l.* 1. *de suis, & leg hæredib. & cons.* 48. *in* 1. & *in l.* 2. *C. de impub* vbi dicit, *contrarium asserere, esse trupham.* *

VII Abb. *consi.* 75. *n.* 8. & 9. *in* 1

VIII Roma. *consi.* 4. & *consi.* 32 & optime *in l. in testamento. C. de mili. testam. num.* 5. & *seq.*

IX Angel. Aret. *in prin. de hæredi. quæ ab intestato defer. ex num.* 2. vbi latè, & quod id procedat ex propria verbi significatione.

X Barba. *consi.* 68. *nu.* 2. & 3. *in* 3. vbi, quod ex proprio significatu. Et quod probetur a Doctoribus pondere, numero, * & mensura clarioribus, & contrariũ assere, *temerarium.* *

XI Fran. Aret. *in l. potest. de vulg.*

XII Iaso. *in ead. l. potest. num.* 6. & *in l. Centurio. nu.* 33. vbi quod ita seruatur. *

XIII Fel. *in proœmio Decret. numer.* 14. *in fine.* adijciens, tenentes cõtrarium, fateri hanc esse verã * de communi vsu loquendi.

XIV Politus latè *de substit. tracta. de pupillari. q.* 4

XV Alciat. *in l. intestatus.* 64. *ad finem. de verbor. signifi. & in l. Centurio, num.* 12.

XVI Rebuff. (qui loquitur in legis, vel hominis dispositionib.) *in d. l. intestatus,* vbi *in versi. licet V inc. Herculanus.* resoluit id ex propria contingere significatione, qui, & versi. antecedenti aduertit interpretationem *l.* 1. *de suis, & leg. hæredib.* siue eius extensionem, vere legem esse, & tanquam talem * obseruandam.

XVII Campegius *de statutis exclud. fœminas. quæst.* 43. *ex num.* 185.

XVIII Quint. Mandos. *Reg.* 3. *Cancel. q.* 2. *num.* 8.

XIX Muliert, vel quis quis sit addens ad Rolandinũ Passageriũ *in tracta. de success. ab intestato. ex numer.* 2.

XX Amplissimè, ac subtilissimè addens ad Alexan. *consil.* 115. *in* 2. qui dicit ex proprietate verbornm hanc esse veritatem, * & Alexandrum præter morem in hoc variasse.

XXI Corn. *cons.* 75. *ex n.* 17. *in* 1 vbi profitetur hanc esse magis cõmunem * sententiam.

XXII Deci. *in d. l. generaliter. numer.* 4. *vers. sed tamen ijs non obstantibus.* vbi dicit opinionem Bart. esse veriorem, & communiorem. * Vbi,

nem,

& ponderat absurdi vitandi ratio nem, quam ponderat Zabar. sup. quod mens disponentis fuerit pro uidere in casu quo non esset factũ testamentum, quæ prouisio neces sarior erat in eo qui testari nõ po terat, vbi Additionator *litera D.*
* inquit hanc esse veritatem.*

XXIII Ruynus *consi.* 50. *nu.* 12
* *in* 2. dicens esse veriorem,*& cõ muniorem.

XXIV Parisius *consi.* 22. *nu.* 32
* *in* 3. asserens esse magis amicam * veritati, & *consi.* 23. *nu.* 32. *in* 2. refe
* rens communem,* & secundum
* eam iudicatum.*

XXV Horatius Mandosius, non quidem perfunctoriè, sed ex
* professo, de veriori, receptioriq;* sententia professus ad Roma. *d. consil.* 4. vbi id potissimum procedere inquit si lege municipali (vt apud nos) cauetur, quod verba intelligantur pro vt iacent.

XXVI Dicto statuto stante Bald. *consi.* 264. *num.* 2. *in* 1.

XXVII Albericus *de statutis,* 2. *p. q.* 103 *num.* 6.

XXVIII Cõstanti. Rogerius, *de iuris interpret. argu.* 2. *num.* 3.

XXIX Albert. Brunus *de statutis exclud. fœm. art.* 8. *ex num.* 4. id resoluens tam in dispositiuis, quam in conditionalibus.

XXX Mathes. *de successio. ab intestato. membro* 3. *num.* 5.

XXXI Oliuerius Textorius, *eo. tract. num.* 6.

XXXII Ludoui. Bologn. ad Mathesilanum *supra*, addens esse
* veram,* & communem, à qua
* iam nemo discrepat.*

XXXIII Vincen. Anibal ad Purpura. *inter consi. Mandeli consi.* 763

XXXIV Riminald. Iunior. *consi.* 199. *num.* 200. *& num.* 235. *& consi.* 612. *num.* 4. *& consil.* 606. *numer.* 13.

XXXV Tiraquel. *in tracta. le mort.* 3. *p. declarat.* 7. *per totam. & in fi.*

XXXVI Eminentissimus Lusitanus Caldas Pereyra, *de renouat. emphyt. quæst.* 12. *per totam*, vbi, quod venit hoc ex propria significatione, & quod est veritas, & quod Palatia ita seruant, & quod secundũ
* hanc opinionem iudicãdum est.*

XXXVII Socin. Sen. *consi.* 81 *in* 4. *num.* 9. *& num.* 11. vbi quod est
* magis communis * cum Bart. in quo semper inesse solet veritas: &
* hanc consulendo semper fuisse * sequutũ, per quæ declaratur ipse *in consi.* 92. *in* 3. *nu. pen. & fi.* refert idẽ Soci. *cons.* 35. *in* 3. *num.* 1.

XXXVIII Boerius *cons.* 34. *nu.* 2. *& in consue. Bitu. Rub. de testam.* §. 3 *versi. sed quæro. de quæstione.* qui insu
* per addit, ita seruare Palatia.*

XXXIX Georg. Natta *in repet. cap. si pater. de testam. in* 6.

XXXX Socin. Iunior *consil.* 3. *num.* 25. *in* 1.

XXXXI Crotus *in repe. l. omnes populi. ex num.* 241. *de iust. & iure.*

XXXXII Cephal. *cons.* 349. *ex num.* 30. vbi in fine id ex proprietate venire resoluit. Et in *cons.* 410 *num.* 38. *& consi.* 509. 1. *dubio.*

XXXXIII Honded. *consi.* 5. *numer.* 52. *in* 1. licet non propriè, qui id propriè intelligi docuit *consil.* 78. *numer.* 27. *etiam in* 1. dum exposuit conditionẽ, *si ab intestato decesrit, idest sine testamento.*

XXXXIV Menoch. dicens ita
* tenere omnes * DD. *in l.* 1. *de suis, & legi. hæred. in consi.* 362. *num.* 40.

XXXXV

XXXXV Michael Crasus §. *succesio ab intestato. q. 1. nu. 2.*

XXXXVI Exacte doctissimus & magnæ authoritatis inter consulentes Hierony. Gabriel *cons. 14 ex num. 15. cum seqq. in 1.* vbi sæpe de verissima, & receptissima sententia testatur, dicens sine dubio hãc
* esse tenendam, * *num. 9. ad medium* cum sit magis cõmunis, & addens, securius ita faciendum, cum non inuenerit Doctorem ex tenentibus contrariam, qui aliquando
* non variauerit, * cùm tamen Bartolus, & sequaces in eadem nostra semper manserint sententia.

XXXXVII Surdus, qui verio
* rem, & magis * communem profitetur *consi. 556. num. 1.*

XXXXVIII Guil. Benedictus *in cap. Raynuntius. de testam. versic. & vxorẽ nomine Adelasiam. nu. 8. 9. & 11.*

XXXXIX Anto. Ciofius *consi. 132. ex num. 3. in 1.*

L Anto. de Roselis *in tracta. de successio. ab intestato. versi. vltimo restat. num. 209.*

LI Anto. Gabriel *tit. de statutis concl. 1. nu. 14.* vbi de communi. *

* LII Exacte Simon de Prætis *consi. 163. ex num. 28. cum multis seq.*
* vbi de tutiori, * & magis amica
* veritati. *

LIII Decianus *respon. 72. nu. 6 & 7. in 4.*

LIV Bene perpensus Ioan. de Imola *in l. Centurio. num. 19.* quatenus saltem in nõ exorbitantibus, nec correctorijs Bartolo videtur adherere.

LV Pau. Azorus *consi. 57. ex numer. 21. vol. 1. vlt. vol.*

LVI Marti. de Garratis Laud. *consi. 52. ex num. 8. vol. 2. vlt. vol.*

LVII Cato de Sachis *consi. 53. seq. num. 7. & seq. eo. vol.*

LVIII Zanchus *in §. cum ita 8. p. num. 173.*

* LIX De veriori * Marianus Soc. Iun. *in l. Centurio. nu. 228. & 231* vbi id dicit venire ex propria legis significatione.

LX Iacobinus de Sancto Georgio *in d. l. generaliter. num. 4.* quamuis det cautelam Aduocatis pro opinionum concordia, quod articuletur communis vsus loquendi, quod ex omnium communiori non est necessarium.

LXI Francis. de Aretio subtilissimus Doctor *in d. l. Centurio. col. 12. versi. addo,* ijs verbis, *Et tamen scias, quod etiam ista conditio,* si decesseris intestatus, *verificatur in pupillo, vt probat tex. notab. in d. §. si vero maritus.*

LXII Ald. Mascar. *de stat. conclu. 3*
* *nu. 13.* vbi de communi. *

Hi, alios plerosq; referunt, præsertim antiquiores, quos subticeo, prædictos tamen omnes vidi in fonte. Quibus addendi sint alij nouem, ordinis nõ inferioris, imo præstantissimi Doctores, nempe quatuor ex Dominis Regijs Senatoribus, & quinque Domini Locumtenentes Domini Iustitiæ Aragonum, qui in sæpè commemoratis processibus Lucæ Perez de Oliban, super apprehensione in Regia Audientia, & in processibus D. Hieronymæ de Liçondo, necnon Catherinæ de Dueñas, super electio. iurisfirmæ, in Curia præfata, vt in expressa conditione (si Ioãnes Bertiz maritus, & hæres Mariæ Fernandez de Argumanez testatoris intestatus, & absque re-

partitione obijsset) censitum fuit, ipsum intestatum decessisse, tametsi (vt in præsentiarum Beatriz) obijsset inuita testatoris, ac sic fuisset intestabilis, alioquin ob defectũ eius conditionis, vterq; Senatus Regni nõ potuisset ex vulgari contenta sub cõpendiosa testamẽtum substinere, filiosq; vulgariter patri intestato substitutos, eo mortuo in vita testatricis admittere. In quo nulla prorsus assignari potest ratio differentiæ inter illum casum, & nostrum. Quæ enim sub fuit, quia ibi compendiosa explicita, hic autem collecta ex necessario antecedenti, alio pertinet, & nihil attinet ad significationem illorum verborum (quæ vtroque casu eadem omnino fuerunt) intestada, y sin repartir.

Doctores ay, y muchos, y muy graues (non diffiteor) que en el caso del statuto que excluye la madre de la successiõn de los bienes del hijo que muere intestado, tuuieron la contraria, y la la llamaron comun, y mas comun: y no me marauillo, pues in iure nihil est adeo stabile, quia nõ patiatur solicitam quãdam dubitationem: quanto mas en vn articulo, q̃ en los terminos del statuto dixo Alex. *in l. generaliter. C. de instit. num. 5. ad medium. vers. sed prolixitatẽ omnino.* quod in illo attentis tot varietatibus Doctorium videtur quasi temerarium decidere.

Defendieron pues la contraria opinion, en que se funda la parte contraria, in materia statuti, quæ si non odiosa, saltem strictioris est interpretationis, despues de Baldo *in cap. 1. de successio. feudi. numer. 6.* & in varijs consilijs, qui a suis, & Bartoli temporibus antesignanus refertur, muchos Doctores, que los refieren Augustinus Beroius *consi. 18. in 2.* Marcus Antonius Eugenius plenissimo *consi. 5. per totum.* & Alexan. Trentacinq. *de substitu. 2. par. cap. 3. num. 6.* Que son los siguientes.

Primo, Bal. 2. Io. Faber. 3. Ang. Aret. 4. Io. de Platea. 5. Christopho. Porc. 6. Alber. 7. Angelus. 8. Fulgos. 9. Imola. 10. Signorolus. 11. Alexan. varijs in locis, & signãter *consi. 153. in 7.* vbi dixit in terminis statuti magis communem, & ab ea in iudicando non esse recedendum. 12. Decius. 13. Curt. Iunior. 14. Gozadinus. 15. Petrus de Bellaport. 16. Raynerius. 17. Cynus. 18. Nicol. de Neapol. 19. Guillel. de Cuneo. 20. Paci. *cõs. 63 n. 23.* 21. Ang. de Perusio. 22. Petrus de Perusio. 23. Io. de Lignano. 24. Ricardus de Saliceto. 25. Corne. 26. Ancharra. 27. Matthæus de Felicianis de Perusio. 28. Socinus. 29. Ludo. Bologni. 30. Curt. Sen. 31. Marian. Soci. 32. Ioa. Crotus, qui dicit magis communem, & veriorem. 33. Galiaula. 34. Tiraquel. 35. Trentacinq. *de substit. 2 p. cap. 2. num. 6.* qui hos omnes retulit, quos omnes refert, & erit 36. Doctor huius partis Eugenius *d. consi. 5. ex num. 23.* & addit 37. Forcat. 38. Cephalus. 39. Laurent. a Pinu. 40. Porci Imol. 41. Io. Igneũ 42. Marian. Salamon. 43. Pau. Arzonius. 44. Marti. de Garratis. 45. Ceto Saccus. 46. Alex. Tertig. hos addit Eugenius *d. consi. 5.* & ijs accedit 47. Beroius *d. consi. 18. in 2.*

Destos (como dixo Gabriel *d. consi. 14.*

consi.14. in 1.) a penas ay quien no aya variado: y aun el mismo Baldo in expresso, auiendo estatuto, q̃ las palabras se entiendan prout iacent, limitò su opinion, y siguio la de Bartolo *in d. consil. 264. in 1.* Vario Alex. præter morem, vt ostendit eius Additionator *d.consil. 115. in 2.* Variò Decio, que tuuo esta opinion *consi.466.* y en otros consejos, y do indagò la verdad sin passion dela causa, que fue *in d. l.generaliter,* tuuo nuestra opinion, y dixo que era mas verdadera, y mas comun. Variò Ceplalo, que se allega por la contraria, *in consi. 210. num.52.* vt patet ex consilijs supra a nobis relatis. Y casi todos los demas, cũ tamen Bartolus, & sectatores semper manserint immobiles, vt vtrumq; aduertit Gabriel *d.consi.14.in 1.*

Y auierta V.S. vna cosa muy digna de su cẽsura, que los mismos Doctores que tuuieron la opiniõ contraria dizen, que no procede si el estatuto no hablo con el participio, *intestada,* sino por el aduerbio, *ab intestatò,* y entonces admitẽ nuestra opinion, los mismos Doctores, vt per Trentacinq. *d.c. 3. num.15.* & tamen ista differentia nominalis est, & nõ quodditatiua, & reprobata communiter, vt obseruat idem Eugenius *d.consi.5.numer.70. & 71.* qui præterea suo in casu ob particularem rationem motus fuit ob verba statuti, vt dicit in fine consilij: & ita inquit Gabriel *d.consi.14.num.19. in fine.* plures putare hanc differentiam nõ esse admittendã, vt merito Fran. de Ramponibus antiquus Doctor relatus per Corn. *in d.l.generaliter. C.de instit. & substit.num.fin.* dixerit hanc differentiam esse merã subtilitatem, & vere eadem sunt, intestatum decedere, vel sine testamento, vt aduertit communis per tex.ibi *in d.l.generaliter.* vbi Decius *num.4. Corn.ibi, num.13. Rom.in l.intestato. C.de milit.test.* & differentiam istam damnant Alexan. supra, & Dec. *in d.consi.466.* & dicit cõmuniter reijci Nicol. Balbus inter cõsilia Mandeli *consil. 763. numer.35. & 38. & Ioan.Fran.Purpuratus inter consilia eiusdem Mandeli. consil.761.numer.16.*

Y es mas de auertir, que los Doctores de la opinion contraria tambien la limitan, si constasse del comun lẽguage, segun el qual el que no pudo hazer testamento, se entiende que murio intestado, vt per eundem Trentacinq. *d. cap.3.num.16.* Cùm tamen sit receptissima sententia; que no es necessario prouar, ni allegar aqueste vso de hablar, porque lo introduxo la ley por disposicion, docet expresse Paul.Castren. *in l.2.C.de impub.numer.2.in fine,* vbi & dixit trupham esse contra Bartolum asserere, intestabilem non venire, in dicto statuto appellatione intestati. Y esta es la verdad, que no es necessaria la prouança del comũ vso de hablar, o que la ay presumptiua, q̃ traspassa la carga de prouar la negatiua, de que non viget, in aduersarium; vt qui Barto. in hoc asseruerunt esse reprobatum inter quos Balbus *d.consil.763.nu. 42. inter consi. Mandeli,* ipsi potius reprobandi sunt, cum vere Bartolus in hoc, & concordia hæc recipiãtur magis communiter, & sic verior

rior ipſius ſententia, & dicta concordia, & diſtinctio, vt pulchrè ob ſeruat Vincent. Annibal ad Nicol. Balbum, *d. conſ. 763. lit. C.*

Aſſeguro a V. S. los ſeſenta y dos Doctores referidos por eſta parte, porq̃ los he viſto in fonte, y la variedad de los que refieren por la contraria Eugenio, Beroio, y Trentacinquio: y lo que mas es, refieren muchos que tuuierō nueſtra opinion, como Ang. Aretino, Tiraquel. y otros, quod egrè ſatis ferendum videtur, Tiraq. enim articulum abſoluit, non ſolum referendo, ſed & maximè commendando Additionatorem ad Alex. *d. conſi.* 115. *in* 2. qui tamen ex veriſſima ſententia nobiſcum ſentit, & ex proprietate verborum ſentiendum eſſe refert, & tamen is Tiraq. poſterior eſt, qui refertur a Trentacinquio pro ſua opinione. Y es coſa gracioſa, que refieren tambien a Paulo Azorio, y a Sacco, *in conſi. vlt. vol. ſupra allegatis*, qui tamen noſtram opinionem ſequuntur expreſsè.

Inſuper aduerto, que en materia fauorable de vltimas diſpoſiciones (que es nueſtro caſo) a penas ay ſino poquitos Doctores, q̃ ayan tenido lo contrario, y la diſputa es en los terminos del eſtato fundado, ya en el odio que cōtiene, ya los que le tuuieron por fauorable a la agnacion, en ſu eſtrecha naturaleza, è interpretacion. Quæ omnia ceſſant in vltimis voluntatibus, ita nominatim diſtinxerunt Alex. *in l. poteſt. de vulgar. & ibi Aret. & Iaſo. & in expreſſo Nicolaus Balbus d. conſil. 763. num. 32. & ſeq. apud Mandelum.*

Y mas, que doña Beatriz, en nueſtro caſo, nullo modo (ſicut impubes, & alij incapaces) dici poteſt inteſtabilis: porque fue capaciſſima de poder teſtar, ſino que morte peruenta nō potuit, quoad hac bona, & ita facilius in illa hactenus reſoluta procedunt, vt merito dixerit Prætis *d. conſi.* 163. *numer.* 42. de adulto non eſſe dubitandum, quod propriè inteſtatus dicitur. Y aunque no tuuo el habito de teſtar doña Beatriz tan ſenzillo, como ſi ſobreuiera al teſtador. Pero no ſe puede dezir tā priuada del, como ſi por incapacidae de derecho, fuera inteſtable, pues ſi ſobreuiuiera, pudiera teſtar de facto, & iure teſtatore in ea voluntate perſeuerante: y aſſi deſde luego tuuo el habito de teſtar, aunque para reduzirle a acto deuiera ſobreuiuir. Hæc ad primum, que en qualquiere materia la condicion, o caſo, de morir inteſtada, ſe verificò en el nueſtro, aunque de hecho no pudo teſtar doña Beatriz, por auer premuerto en vida del teſtador.

A lo ſegundo ſea la reſolucion, que doña Beatriz en nueſtro caſo, con toda propriedad murio inteſtada, pues quo ad bona de quibus agimus, no hizo teſtamento, y aunque tambien por morir in vita mariti teſtatoris, dicatur inteſtabilis, nō ideo minus propriè dicitur inteſtata, allegauimus pleroſque Doctores ita tenentes, retulimuſq; verba quibus id diſſertiſſimè profitentur. Quibus nunc addo Alcia. non minus latini ſermonis, quam iuris peritiſſimum, *in l. Centurio. num.* 12. *de vulg.* in hæc

verba,

verba, *Vt merito talis conditio* (loquitur de conditione, si sine liberis) *propriè quoque in pupillo locũ habeat; sicut & illa*, si intestatus decesserit, *l. credendũ. § hæc autem. qui petunt tuto.* & hanc esse verissimam sententiam exactè Additionator Alex. *d. consi.* 115. *in* 2.

A lo tercero, quando fuera minus propriè, procediera lo mismo, y quando impropriissimè, tambien se verificara el caso, o condicion de morir intestada, y sin repartir, aunque no tuuo la facultad, potencia, o habito de disponer con perseuerancia por la premoriencia. Porque los sentidos improprios, o impropriissimos de la letra in omni materia, & dispositione, tam stricta legis, aut stricti, quã fauorabili, hominis, se comprehẽden todos en ella, y se verifican las disposiciones, con que se verifiquen los casos, o condiciones intra impropriissimum saltem, & latissimum verborum significatum, omne enim, quod illo continetur, & comprehenditur in dispositione, & oculis corporis ligi dicitur, aliter atq; id quod discursu eget, quod cerni solum dicitur oculo intellectus, primum est iuxta regulam statuti nostri, quod iudicetur ad literam, prout illa iacet, ita mirabiliter distinxit Bald. *in l.* 2. *numer.* 8. *C. de patrib qui distrax. filios. Carpanus ad consti. Mediola. Rubr de successio. ab intestato, cap.* 278. *in glo. in lit. C. pulchrè Bimius consi.* 113. *num.* 25. Extensiua enim tunc interpretatio remouetur, non comprehensiua. Corn. *consi.* 14. *num.* 4. *in* 2. *Bimius d. consi.* 113. *num.* 34. Et quamuis largus, aut improprius significatus verbi, si a iure cõmuni esset approbatus, vt in nostro casu. *d. l.* 1. *de suu, & leg. cum sexcentis alijs relatis.* & quæ referri possent, tunc vt literæ stemus pro vt iacet largus, & improprius sensus obseruandus est, declarat egregiè Abb. *in c. dilectus. num.* 15. *de consuetud. Deci. consi.* 268. *num.* 3. rationem assignat Bimius *d. consi.* 113. *nu.* 54. ijs verbis, Quia tunc subiecta materia, idest vt ius commune minus lædatur, non patitur, vt verba restringantur ad potentiorem significatum, vt inde merito Practici nostri restrictiuam interpretationem verborum, literæ summè aduersam, ac proinde non admittendam docuerint *§ fori Aragonum*, & merito quidem, quoniam hæc restrictiua non minus literam euertit, & mẽtem disponentis violat, quam, quę declinaret, & extenderet dispositionem extra metas significatus verborum. Steph. de Freder. *de interpret. Iuris. par. vlt. num.* 95. 1. *vol. tract. Curt. Iun. consi.* 340. *num.* 3. sicut enim, vbi verba pro vt iacent accipere debemus, & strictissimè, & latissimè interpretanda, vt & quæ strictissimæ, & quæ latissimæ significationi conueniunt sub dispositione comprehendamus: maximè vt ad ius commune recurramus. Roland. *consi.* 72. *nu.* 36. *in* 3. Nunquam enim tunc fit progressio de termino, ad terminum, sed casus omnes æquè, sub dispositione cõprehensos, complectimur, Curt. Iun. *consi.* 32. *Alexan. consil.* 75. *in* 5. *Deci. consi.* 74. *num.* 5. & 6. Nec expositio hæc passiua a iure communi, ex *d. l.* 1. *de suis, & leg.* (& si impropria esset, prout nõ est) censeretur

tetur exclusa ex obligatione literam prout iacet intelligendi Bar. *in l. omnes populi. num. 65. de iust. & iure. Decis consi. 63. num. 8.* & tunc verbum, è verbo exprimentes verum sensum, & verbis, & rebus donamus, vt elegantissimè explicat Bimius *consi. 30. num. 8. Plebanus d. §. fori Aragonum. nu. 53. & de consortib. cap. 5. nu. 33.* & hoc quidem absq; aliqua extensione, & ex mera cōprehensione, *obser. item donatio. de donatio.* cum latissime, & exactissime resolutis, & congestis per Dominum R. Sesse *ex nu. 16.* id extendens non solum in fauorabilibus, sed in odiosis, & strictæ interpretationis *num. 24. & iterum decis. 65. num. 31. latissime Casanate consil. 60. numer. 10.* quanto puede dezirse, y allegarse in viam iuris, lo refiere todo el señor Regente *d. decis. 64. ex d. nu. 16.* vbi cumulatissimè. Y yo me contento con referir aqueste fragmēto de los motiuos del processo D. Ioan. de Gamboa super apprehēsione, en la causa de don Martin Cabrero. *Licet enim a charta, & verbis recedendum non sit, nec mens, contra chartam admittatur, quando verba, vel omnino deficiunt, vel omnino repugnant, tamen ex mente, & voluntate disponentis fit interpretatio si adsint verba, ex quibus si non propriè, impropriè tamen, & impropriissimè fieri possit, vt comprehendatur casus ad quem manifestissimis indicijs, & coniecturis voluntas, & mens testatoris aspirat.* Deuiarent alioqui leges Regni, quibus ad chartam iudicare adigimur a vero vitæ politicæ, & rationis tramite, si interpretatio quæ per iuris punctum introducitur verbis communica, etiam illa impropriando sublata esset, ac proinde solum submouetur probabilis, & quæ fit ex æquitate, & tacita mente, vt alibi non semel Senatus Regius in eisdem motiuis expressit, subtiliter plura doctissimus noster Casanate *d. cons. 60 per totum.*

Quibus denique addendū est, que aunque no fuera con propriedad, sino intra cancellos latissimi significatus verborum, o por ficcion (digamoslo assi) tam potenter operatur lex in casu ficto, per ipsam, quam in casu vero, quo argumēti genere in nostris terminis vtuntur fere omnes DD. superius relati pro nostra opinione respondentes obiecto, quod fit, ex tex. *in d. l. 1. de suis, & leg. hæredi.* ibi, *Pro intestatis habentur.* resoluentes hanc legis operationem, siue casum fictum, vero æquipollere, ex Ioan. Andr. *in cap. fin. de consuet.* quem dicit communiter approbari Gabri. *d. consi. 14. num. 15. in 1.* etiam in statutis, *Siquidem est hæc passiua, non actiua extensio, quæ in statutis semper locum habet. l. 1. §. lex falcidia. vbi Bart. ad l. falc. & dispositio facta in vno, procedit semper in alio æquiparato per legem regulariter, l. si quis seruo. C. de ser. corrup. copiose declarans Paris. consil. 22. in 2. & Ruyn. consi. 50. in 3.* verba sunt Gabrielis vbi supra. Qui consultius vsus fuisset verbo (expositio) quā verbo (extēsio) quo vsus fuit, quia nullo modo est extensio, sed comprehensiua interpretatio, vt supra latè.

AD SEXTVM.

QVO, vllum in vniuersa huius subtilissimæ litis tractatu,

nec

nec debilius, nec generalius proponitur. Aduerto duplicem illud habere posse ponderationem. Alteram, quod, cùm in reciproca fratrum filiorũ testatoris inter sese, & in illi præuia compendiosa eorundem erga matrem, quam testator introduxit ob necessarium antecedens, sub vnica determinatione fiat mentio duplicis eius casus, nẽpe, quod bona in ipsos perueniant, assi por disposicion de su madre heredera, como por auer muerto intestada, y sin repartir. Y el primero caso no pudiera verificarse, sino sobreuiuiendo al testador: de la misma manera el segundo, de morir intestada, y sin repartir, deua restringirse, y entenderse, caso que sobreuiera, vt duo ista determinabilia pariformiter determinentur. Alteram, quę, aquellas dictiones, *assi*, y *como*, latinè *tam*, y *quam*, tienen tal connexion de su significacion, y naturaleza, que, la *quam*, incluye el sugeto sobre que cae, con las mismas calidades, que la *tam*. Y assi que pues en el caso de la primera se trato precissamente de la heredera del testador sobreuiuiendole: tambiẽ en el caso dela segunda deuemos de entender, que solo le ordeno el testador en el de la primera sobreuiuiendole la heredera.

Sed vtraque ponderatio, leuis videtur armaturæ. La primera, porque la vulgaridad de la *l. iam hoc iure. de vulg. & similium.* quod determinatio plura respiciens determinabilia, debeat illa pariformiter determinare, no procede auiendo diuersa razon de differencia en los determinables, o por disposicion clara del testador, o por disposicion dela ley sobre la suya, obseruat Dec. *not. 3. in l. in testamentò. C. de testamento milit. Ruyn. cons 3 numer. 20. & consi. 157. nu. in 2. Gabriel consi. 16. num. 5. in 1. Dec. consil. 416. num. 10. Paris. consi. 73. num. 50. in 3. Pacian. consi. 23. nu. 131. Ripa in l. Centurio. num. 151. versi. sed pone.* Ratio vero discriminis inter vtrunque casum est manifestissima, tam ex verbis, quam ex mente testatoris, ac præterea ex iuris dispositione. Ex verbis. Porque en el primero caso, *de disposicion de la madre*, intrinsece, significan la sobreuiuencia al restador. En el segundo indefinitamente dixo, *Como por morir intestada, y sin repartir.* Cuius indefiniti sermonis natura est, omnes casus, omneque tempus obitus matris intestatæ, & sine distributione comprehendere, suadente potissimum id mente testatoris, *l. cùm lex vbi Aret ff. de testam. Cal ler. consi. 1. de consangui. & affini. Deci. consi. 5 num 4. Roma. consi 47. num 8.* & ita omnes casus comprehenduntur, ac si distributiuè scripti fuissent *l. si seruus legatus, § qui Margaritam. de leg. 1. Ruynus, consi. 127. num. 4. & consil. 201. in 1. ex tex. in l. 1. §. generaliter ff. de leg. præstan.* Y esto no es ampliacion, ni extension, sino comprehension, vt declarat Rota apud Seraphinũ *decis. 1389. ex num. 4. vsque ad nu. 16.* Porque pues el derecho da por verificado este caso, etiam ob impotentiam hæredis, quia obierit, *vt ex l. ab omnibus, §. pen. de leg. 1. probat Alcia. in l. 1. numer. 114. de vulg.* etiam si mors acciderit in vita testatoris, vt in casu nostro, *vt ex l. si pater filium 26.* vbi dicit esse casum

ex-

expressum Bart. in summario resoluit cum communi Alciatus *in d.l.1. numer.115.* Ex mente quidem testatoris apertior est vtriusque casus discriminis ratio, cum in priori factum exegerit hæredis, testator, in posteriori negationem facti, distributionis nempe fuerit contemplatus, vt liquet sensu, & ratione naturali: & ita cessat prior ponderatio, cum indefinita posterioris casus æquipolleat vniuersali, *l. si pluribus, vbi communis, de leg.2.* ex proprietate etiam sermonis. Sed, & posterior. Quia, illa dictio, *como*, opposita dictioni, *assi*, præcisse non vertitur, vt importet dictionem quoniam, sed potest verti, vt importet dictionem etiam: quæ sui natura aduersatiua est, & exprimit casum dubitabiliorem, Dec. *in l. qui se patris, C. vnde liberi.* Y quãdo significara, è importara lo mismo, que la dictiõ, *quam*, era llano que deuia de referir, è importar la substancia, y calidades antecedentes, en todo lo que puede importarlas, salua ratione recti sermonis: pero no en lo que repugne lo expresso. Bar. *in l. Plautius, de auro, & argento legato, & in l. cum hæres, §.2. de leg.3. explicat Rimin. Senior consi.299. num.27. & 28. in 2.* Pero la naturaleza desta relacion que induze la dictiõ, *quam*, a lo importado, o dispuesto, por la diction, *tam*, que precedio, no es possible, que impida la introduction del mismo caso, porque seria quitarle la facultad operatiua a la disposicion. Y el dezir, que la tenga, pero que sea retentis terminis prioris: y assi para en los tiempos dela fideicommissaria antecedente, implica con la introduction dela vulgar, que se introduxo por la compendiosa, quæ sui natura conseruat testamentum etiam obeunte hærede in vita testatoris: y assi no sufren las palabras y disposicion importada por la palabra, *quam*, la restriction a los terminos de la que se introduxo, por la palabra, *tam*.

Ni repugna la resolucion de Peregrino *consi.4. num.4. & nu.19. in 2.* que con Baldo *in l. omnes populi num.21. de iustitia, & iure*, y Saliceto *in l. vinum, si cert. pet.* y otros, resuelue, que por la naturaleza de estas dictiones aduersatiuas, el caso segundo se deue de entender enlos terminos del primero, y reteniendo las personas la calidad antecedente, Porque procede quando a la persona en quien se hizo la primera disposicion, se le puso alguna calidad, como en el caso de Peregrino, la de viudez, y vida honesta en el primero caso: la qual dixo, que por la aduersatiua deuia entenderse quedar repetida en el segundo, qui fuit per aduersatiuam subiectus; cosa que en nuestro Reyno seria difficil, aun en aquellos terminos. At in nostro casu falsum videtur, quod assumitur, Dominæ Beatrici nempe fuisse qualitatem, siue conditionem adiectam in casu priori inducto per dictionem, *tam*, Imò simpliciter la grauò por fideicomissaria, y despues (modo superius declarato) por la vulgar, que introduxo por la compendiosa: y porque la primera ex sui natura, requiere sobreuiuencia de la heredera: pues la segunda vulgar,

ex sui quoque natura, se verifica etiam muriendo primero, nõ se puede repetir, lo que implica cõtradiction con la naturaleza del segundo caso, introduzido por la diction, *quam*. Y seria subaudicion contra la letra, y las disposiciones textuales, y communes, añadir, o sobre ententender, que los casos de la vulgar, se huuiessen de restringir para el en que sobre uiuiera la heredera al testador, cõ q̃ se le quitaria casi el de la impotẽcia de disponer, q̃ le es tã intrinseco, è innato, como el de no q̃rer disponer, deuiẽdose de admitir tã bien en el de auer premuerto. Y si la põderacion va, a que tuuiesse el habito de poder testar, Se respõde lo mismo, y que el testador solo explicò su voluntad enel segundo caso, por las palabras de morir intestada, y sin repartir. y pues lo calificò de nueuo, solo se deue atẽder, si estas calidades se verificaron: y pues lo quedaron, quantũuis fuisset quoque intestabilis, nõ est curandũ de alijs qualitatibus. Porque Peregrino, y los antiguos que refiere, solo hablaron, in simplici commemoratione personæ in casu secundo importato, per aduersatiuam, non autem, in cõmemoratione facta, sub alijs qualitatibus, quò casu æc solum attendendæ sunt.

AD SEPTIMVM.

FAcilis videtur respõsio, clausula etenim codicillaris expressè legitur interiecta a testatore. Ipsius effectus ab ipso nõ fuit scriptus explicitè, sed solum virtualiter, quoniam ille dependet ex iuris dispositione, & cum is sit (inter alios) potissimus, quod testamentum substineatur etiam a substituto fideicommissario, vt communiter DD. docẽt, & grauissimi Senatuus, sed potissimum supremus omnium Rotæ Romanæ indubie iudicãt, idem clausulã hãc in nostra causa, debere operari, vt testamẽtum conseruetur in persona Dominæ Annæ de Luna, licet tantũ fuisset substituta matri per merã fideicommissariam, conducit tex. *in l. Scæuola. 76. ad Trebel.* de cuius intellectu Turretus *de clau. codicillar. q 99. ex num. 15. multis Ripa in l. Centurio. ex num. 84.*

Ni obsta, que nuestro testador en Aragon no fue visto ordenar codicillos haziendo testamento, pues le puso este nombre. *l. si idem cum eodem. C. de codicil.* Porque poniendo la clausula codicilar, no repugna que se sustente la voluntad, quo meliori possit modo, pues no tiene impossibilidad.

AD OCTAVVM.

NON est præsumenda in testatore nostro iuris ignaro eiusmodi subtilitatis iuris peritia, & vbi presumeretur, reflecteretur in aduersarios argumentum, cum enim nemo ad testamentum ordinandum manum, & calamũ appellens, & illud effectiuè ordinãs, imò, nec alij præsumantur velle decedere intestatò. Longe magis præsumendum est, testatorem nostrum ob perseuerantiam in pristina voluntate, tametsi sibi non fuissent ignotæ mortes vxoris, & filij, suum testamentum, quem justè subsistere credere poterat non immutauit.

G These

Appendix antecedentis Diſcurſus

Theſes, quibus velut ſub ſumma, & compendio reducitur vniuerſus huius litis tractatus.

1 DOña Ana de Luna, y Iuan Geronymo de Luna, no ſolo eſtuuieron ſubſtituydos actiuè a doña Beatriz Diez de Aux heredera, per fideicommiſſariam, vt in prima ſubſtitutione: ſino tābien per directam vulgarem, que ſe introduxo con la compendioſa por neceſſario antecedente, ſin el qual no pudiera tener lugar la reciproca entre ellos en los dos caſos, de auer peruenido en ellos los bienes por diſpoſicion de ſu madre, o por auer muerto inteſtada, y ſin repartir.

2 Aqueſta compendioſa intellectus, & naturę ordine, precede ala reciproca de los hermanos, hijos del teſtador, y aun literæ ordine, quanto a ſu total introduction. Pero porque conſiſte por diſpoſiciō preſupoſitiua, para la reciproca, y començo el teſtador por aqueſta, la puſe primero en la expoſicion de ſu letra.

3 No es menos expreſſa la compendioſa con la vulgar, licet verbis generalibus, ideſt non in particulari, vel proprius, explicite expreſſis, reſultando por neceſſario antecedente, para conſiſtencia de los dichos dos caſos dela reciproca de los hijos del teſtador, que ſi explicitiſſima y extendidiſſimamē te en la primera ſubſtitucion, los huuiera ſubſtituydo dicho teſtador, a ſu heredera ſub vnico contextu ad hunc modum (con cargo que les diſtribuya la hazienda, y con que ſi muriere inteſtada, y ſin repartirſeles, peruenga, y recayga en ellos.)

4 Aqueſta virtud del neceſſario antecedente, o conſequente, para que la diſpoſicion que preciſſamē te ſe preſupone, o ſe conſigue, ſea expreſſa, de carta, de viſta de ojos corporeos, y por punto de razon expreſſa por el diſponiente, procede, aunque por forma ſe requirieſſe expreſſa, y particular diſpoſicion de lo preſupueſto, o conſiguiente. Y aunque fuera por enūciacion, y mas ſi por cauſa final.

5 Y aunque aya ley que ſe eſte a la carta prout iacet, porque aqueſto non ſolum cōprehenditur ſub litera, verū in ea & iacet, & legitur, & ita ſæpiſſimè in Regno iudicatum eſt, vt in Diſcurſu.

6 Para que los hijos del teſtador quedaſſen ad inuicem ſubſtituydos reciprocamente por compendioſa ſubſtitucion, ſi obijſſent abſque filijs, a ſu madre, hora diſpuſieſſe, hora murieſſe inteſtada, y ſin repartir, ſe cōſigue forçoſamente, y por neceſſario antecedente que preciſſo iudicio teſtatoris, primero lo eſtuuieron ellos a ſu madre por otra compendioſa, y aſſi per fideicommiſſariam, & per vulgarem.

7 Y ſe conſigue mas el primero fundamento efficaciſſimo de eſta parte, que pues eſtuuieron los hijos del teſtador ſubſtituydos a la heredera ſu madre, etiam per vulgarem cōtentā in dicta cōpendioſa, por ſu virtud y fuerça, y por ſu mas capital y ſeñalado effecto ſe preſeruo el teſtamento dela caducidad

cidad que tuuiera por auer muerto la heredera in vita testatoris. Resolucion textual, y recibidissima dela Escuela comun de los Senados de diuersas Prouincias del mundo, y de los de nuestro Reyno, vt in Discursu.

8 Seria violentar la letra, por suplecion, y glossa externa, si los casos, noluntatis, & impotentiæ de la vulgar suso dicha de la madre a los hijos, los restringiessemos a vn solo caso y tiempo, de que ella huuiera sobreuiuido, y succedido al testador. Por quanto el antecedente necessario, es, introduzir la vulgar en la compendiosa Y della resulta despues el consequente, o effecto necessario iuris ministerio in vim verborum testatoris, que ha de obrar, que doña Ana vulgariter matri hæredi substituta, suceda al testador, etiam in ipsius vita hærede obeunte, y della tome principio su disposicion.

9 Ni porque estos dos casos pudiessen considerarse sobreuiuiendole, se puede, ni deue restriñir la generalidad de la vulgar a aquel tiempo.

10 Principalmente no auiendo pidido el testador por calidad de el primero caso la sobreuiuencia, sino conseguidose ella a la disposicion que hizo de la fideicomissaria: la qual nullo modo tunc repetenda, vel subintelligenda est en la compendiosa, y en la vulgar: porque implica consu naturaleza ex iuris dispositione, & rebus sæpè judicatis.

11 Y como esto fuera indubitable, si no precediera la fideicomissaria, lo deue ser aunq preceda, pues la vulgar tiene independente naturaleza, imo contraria.

12 Quãdo el testador huuiera substituydo sus hijos a su heredera per meram obliquam fideicomissariam, aun por ella doña Ana sustentara el testamento, por la clausula codicilar, segũ la verdadera, comun, y canonizada por diuersos Senados, y Tribunales, y en particular por el Supremo de la Rota Romana, vt in Discursu.

13 Segun los quales esta reprouado entender, que esta clausula no obra, y que sea de estilo, lenguaje mucho menos admisible en este Reyno, donde toda la disposicion y sus palabras son de los disponientes, y dõde la voluntad y letra suple la confusion del testamento y codicillos del tex. *in d. l. si idem C. de codicillis.*

14 La clausula codicilar non est in præsentiarum subaudita, nec tacita, sed expressa. Y los effectos que la letra, y disposiciones del testador obran iuris ministerio, no pueden dezirse tacitos, & alias male en la causa de don Martin Cabrero se huuiera tenido por constante con letra el del necessario antecedente por su llamamiento; que no le introduxo en otra manera el disponiente. Ni en la causa de los Bertiz ambos Senados de el Reyno pudieran por la vulgar sustentar el testamento de Maria Hernandez de Argumanez, porque el testador no preuino, que en aquel caso se sustentasse, sino solo introduxo la vulgar en la cõpendiosa, & eo ipso fue visto admitir sus effectos iuris ministerio, assi en los de la clausula codicilar.

El

15 El priuilegio de poder testar en Aragon iure militari, de qualquiera manera, que no huuiera heredero, o que auiendole, su institucion se reduxera ad non causam, porque premuriera in vita testatoris, preserua la restante disposicion del testador. El primero caso es llano entre nuestros Practicos: y el segundo que es el que ocurre, lo resuelue Portoles §. *testamentum.num.* 30. *& alibi relatus, & est tex.insignis in l.quærebatur* 19. *de mil it. testam. ad quem Turret. de clausu.codicil.d. q.*99.*num.*20.

16 Es certissimo, que ni la vulgar, ni la clausula codicilar, ni el testar iure militari, puede alterar, ni suplir defectos de casos, o condiciones, ni en otra manera, la voluntad del testador. Y assi, para que doña Ana sucediesse a su padre, por qualquiere de dichos caminos, en nuestro testamento se deue verificar alguno de los casos, de que la hazienda peruiniesse en ella, o por disposicion de su madre, o por auer muerto intestada, y sin repartir.

17 El primero no pudo, por su premoriencia: mas verificose el segũdo, pues ex vera, & receptissima sententia, & sine dubio veriori, & receptiori; aunque fuesse intestable quanto a estos bienes, por la premoriencia, fue tambien intestada en su respecto. Y assi lo juzgaron la Audiencia, y Corte del señor Iusticia de Aragon, en la causa de los Bertiz, en el mismo hecho, y palabras, quanto a este articulo.

18 Aquesta resolucion corre por propria significacion natiua de la palabra, ex multis, o por la introduzida por los Consultos, que tuuieron està authoridad, segun la mas comun.

19 Y no corre por el comun vso de hablar, ni es necessario que se articule, ni prueue, ex veriori, & receptiori, ni que le aya en la Prouincia, vt non satis aduertenter præsupponit Mascardus *d. concl.* 3. *de stat.num.* 13. y los DD. que allega no lo requieren: y assi entendiendolo conforme a ellos, vt decet, con razon lo allegue por esta parte. Licet possit excusari ex quo dicat id procedere indubitanter, stante eo vsu loquendi, quasi sentiat idem, alias procedere.

20 Quando no viniera doña Beatriz heredera en nuestro caso intestable respecto de estos bienes, subillo participio *intestada*, por propriedad, nec etiã minus proprie, sed adhuc impropriissimè, aut sub latissimo significatu, se verificara el caso en ella, y mas donde se deue juzgar segun la carta.

21 Aquesto es llanissimo en los testamentos, que la disputa y encuẽtro de los DD. consistio en el caso menos fauorable, y de mas estrecha interpretaciõ de los statutos.

22 Y quando le ay de que se juzgue segun la carta (prout iacet) Baldo mismo tuuo nuestra opinion, aun en los statutos.

23 La naturaleza de las substituciones, y sus effectos, no se juzgan, ni pueden segun los acontecimiẽtos, que ocurrẽ en las personas del heredero, o substitutos, sino considerandolas al tiempo del ordenar el testamento: y de otra manera, serian superfluas las disputas de

de si la premoriencia del heredero, o de vn substituto, deue irritar la disposicion, y vemos que las admiten cada dia los Senados.

24 De que se infiere, que como no induxo defecto de condicion la premoriencia de la heredera in vita testatoris, sino de persona, tãpoco la premoriencia de Iuan Geronymo de Luna, otro de los substituydos reciproce, altero las substituciones antecedentes en su substancia, ni se puede dezir, que faltasse quoad matrem, & dispositionem testatoris la reciproca, ni que dexasse de ser menos necessaria la antecedencia de la compendiosa en los mismos casos de la heredera a los hijos, aun que en la execucion huuo variacion.

25 Si libet adijciatur la indepẽdencia de la clausula vltima en el versic. *Empero*, y la verificacion del llamamiento desta parte por ella.

De todo lo referido resulta, q̃ cessan las dificultades propuestas, y que deue recibirse la proposicion de esta parte. Sub censura Vestræ Dominationis.

Michael Pastor.

